

# TE Lvwg Erkenntnis 2019/3/26 LVwG- AV-202/001-2019

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.03.2019

## Entscheidungsdatum

26.03.2019

## Norm

GewO 1994 §13 Abs1

GewO 1994 §26 Abs1

GewO 1994 §340

AVG 1991 §13a

AVG 1991 §45 Abs3

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch die Richterin MMag. Dr. Cervenka-Ehrenstrasser über die Beschwerde der A, vertreten durch RA B, \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf vom 16. Jänner 2019, \*\*\*, betreffend Feststellung des Nichtvorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“ und Untersagung der Ausübung dieses Gewerbes nach der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu Recht:

1. Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) als unbegründet abgewiesen.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Am 4. Dezember 2018 hat A, wohnhaft in \*\*\*, \*\*\*, das Gewerbe „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“ im Standort \*\*\*, \*\*\*, \*\*\* angemeldet.

Mit dem gegenständlich angefochtenen Bescheid vom 16. Jänner 2019, \*\*\*, stellte die Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf betreffend die diesbezügliche Gewerbebeanmeldung gemäß § 339 Abs. 3 iVm § 340 Gewerbeordnung 1994 fest, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“ im Standort \*\*\*, \*\*\*, \*\*\* nicht vorliegen und untersagte die Ausübung dieses Gewerbes.

In der Begründung wurde darauf verwiesen, dass im Strafregister der Republik Österreich - geführt von der

Landespolizeidirektion Wien - eine Verurteilung durch das Landesgericht für Strafsachen \*\*\* zur Zahl \*\*\* aufscheine, wonach A wegen §§ 146, 147 (1) Z. 1, 147 (2), 148 2. Fall StGB zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt worden sei, welche für die Dauer von drei Jahren bedingt nachgesehen worden sei. Nach dem derzeitigen Stand der Strafregistereintragung(en) sei der Tilgungszeitraum (zur Zeit) nicht errechenbar. Somit liege ein Gewerbeausschlussgrund nach § 13 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 vor.

Mit nachweislich zugestelltem Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf vom 4. Dezember 2018 sei ihr dieser Sachverhalt gemäß § 45 Abs. 3 AVG 1991 zur Kenntnis gebracht worden mit der Möglichkeit, sich innerhalb einer Frist von zwei Wochen dazu schriftlich zu äußern und eventuell weitere Beweismittel vorzulegen. Mit Eingaben vom 20. Dezember 2018 und vom 14. Jänner 2019 habe sie um Fristverlängerung u.a. aus gesundheitlichen Gründen angesucht, in der Sache selbst habe sie nichts vorgebracht.

Aufgrund der dargelegten Sach- und Rechtslage sei festzustellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung dieses Gewerbes nicht vorliegen würden und sei die Ausübung zu untersagen.

Die nochmalige Fristverlängerung zur Abgabe einer weiteren Stellungnahme oder Vorlage von weiteren Beweismitteln sei nicht erforderlich, da der Sachverhalt ausreichend erhoben worden sei und lediglich eine Rechtsfrage zu klären sei, die ohnehin eindeutig sei.

Dagegen hat A, vertreten durch RA B, \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, \*\*\* fristgerecht Beschwerde erhoben und beantragt, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben. Dazu wurde vorgebracht, dass, obwohl die Frist für eine Stellungnahme nachweislich verlängert worden sei, ein abweisender Bescheid ergangen sei, ohne dass sie die Möglichkeit gehabt hätte, eine entsprechende Stellungnahme einzubringen. Aufgrund eines nachweislichen Krankenhausaufenthaltes sei es ihr nicht möglich gewesen, den Besprechungstermin mit ihrem Rechtsvertreter wahrzunehmen, sodass um Fristverlängerung ersucht worden sei. Mit dem angefochtenen Bescheid habe die Behörde einen Willkürakt gesetzt, welche Vorgehensweise absolut nicht der österreichischen Rechtsordnung entspreche.

In der Sache wurde vorgebracht, dass es sich bei der gegenständlichen Verurteilung um einen Rechtsirrtum handle, was die Behörde bei Beischaffung des Strafaktes leicht erkennen hätte können. In diesem Strafverfahren sei sie das „Bauernopfer“ gewesen, zudem habe die – zu Unrecht erfolgte - Verurteilung auf ihre gewerberechtliche Ausübung überhaupt keinen Einfluss. Es werde daher beantragt, den Akt des Landesgerichtes für Strafsachen \*\*\* zur Zahl \*\*\* beizuschaffen.

Mit Schreiben vom 14. Februar 2019 hat die Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf die Beschwerde und den Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich mit dem Ersuchen um Entscheidung vorgelegt. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde nicht beantragt.

Mit Schreiben vom 18. Februar 2019 hat das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich das Landesgericht für Strafsachen \*\*\* ersucht, eine Ausfertigung des Urteils zur Zahl \*\*\* zu übermitteln.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat am 22. März 2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in der Beweis erhoben wurde durch Verlesung des Aktes der Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf zur Zahl \*\*\* und des Aktes des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich zur Zahl LVwG-AV-202-2019 sowie durch Verlesung des Urteils des Landesgerichtes für Strafsachen vom 2. März 2017 zur Zahl \*\*\* und durch Einvernahme der Beschwerdeführerin.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat dazu wie folgt erwogen:

Von folgenden entscheidungsrelevanten Feststellungen ist auszugehen:

Die nunmehrige Beschwerdeführerin wurde am \*\*\* geboren. Am 4. Dezember 2018 hat sie das Gewerbe „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“ im Standort \*\*\*, \*\*\*, \*\*\* angemeldet.

Mit rechtskräftigem Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen \*\*\* vom 2. März 2017 zur Zahl \*\*\* wurde sie wegen des Verbrechens des gewerbsmäßigen schweren Betrugs nach §§ 146, 147 Abs. 1 Z. 1, Abs. 2, 148 2. Fall StGB zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt, welche für die Dauer von drei Jahren bedingt nachgesehen wurde. Nach dem derzeitigen Stand der Strafregistereintragung(en) ist der Tilgungszeitraum (zur Zeit) nicht errechenbar.

Somit liegt ein Gewerbeausschlussgrund nach § 13 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 vor.

Mit Schreiben vom 4. Dezember 2018, \*\*\*, hat die Behörde der nunmehrigen Beschwerdeführerin das Ergebnis der

Beweisaufnahme zur Kenntnis gebracht und ihr gemäß § 45 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) die Möglichkeit gegeben, dazu eine Stellungnahme abzugeben. Dieses Schreiben wurde ihr am 6. Dezember 2018 durch Hinterlegung beim zuständigen Postamt zugestellt, mit Schreiben vom 20. Dezember 2018 hat die nunmehrige Beschwerdeführerin durch ihre Rechtsvertretung um Fristverlängerung zur Abgabe einer Stellungnahme bis 15. Jänner 2019 ersucht. Diesem Ersuchen hat die Behörde auch zunächst faktisch entsprochen. Einem weiteren Ersuchen um Fristverlängerung bis 12. Februar 2019 unter Hinweis auf einen Krankenhausaufenthalt der Beschwerdeführerin, welches vor Ablauf der bis 15. Jänner 2019 eingeräumten Frist am 14. Jänner 2019 gestellt wurde, wurde hingegen nicht mehr Folge gegeben. Dieser behauptete Krankenhausaufenthalt wurde durch die Aufenthaltsbestätigung des Landeskrankenhauses Wiener Neustadt vom 14. Jänner 2019 nachgewiesen, wonach die nunmehrige Beschwerdeführerin in stationärer Krankenhausbehandlung war.

Ein Antrag auf Nachsicht vom Gewerbeausschlussgrund des § 13 Abs. 1 GewO 1994 für die Ausübung des Gewerbes „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“ wurde nicht gestellt.

Zu diesen Feststellungen gelangt das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich aufgrund folgender Beweiswürdigung:

Die Feststellungen beruhen auf dem vorgelegten unbedenklichen Verwaltungsakt der Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf zur Zahl \*\*\* sowie der Einsichtnahme in das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen \*\*\* vom 2. März 2017 zur Zahl \*\*\*. Im Übrigen sind sie nicht strittig. Aus dem vorgelegten Verwaltungsakt geht auch der Verfahrensablauf inklusive der Anträge um Fristverlängerung zweifelsfrei hervor. Weiters ergibt sich daraus zweifelsfrei, dass kein Antrag auf Nachsicht gemäß § 26 Abs. 1 GewO gestellt wurde.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat dazu rechtlich wie folgt erwogen:

Gemäß § 17 VwGVG sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles ... und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

§ 13 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) lautet:

(1) Natürliche Personen sind von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn sie

1. von einem Gericht verurteilt worden sind

a) wegen betrügerischen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (§ 153d StGB), organisierter Schwarzarbeit (§ 153e StGB), betrügerischer Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Begünstigung eines Gläubigers oder grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§§ 156 bis 159 StGB) oder

b) wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen und

2. die Verurteilung nicht getilgt ist.

Von der Ausübung eines Gastgewerbes sind natürliche Personen ausgeschlossen, wenn gegen sie eine nicht getilgte gerichtliche Verurteilung wegen Übertretung der §§ 28 bis 31a des Suchtmittelgesetzes, BGBl. I Nr. 112/1997, in der jeweils geltenden Fassung, vorliegt. Bei Geldstrafen, die nicht in Tagessätzen bemessen sind, ist die Ersatzfreiheitsstrafe maßgebend. Bei Verhängung einer Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe sind Freiheitsstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe zusammenzuzählen. Dabei ist ein Monat dreißig Tagen gleichzuhalten. Die Bestimmungen dieses Absatzes gelten auch, wenn mit den angeführten Ausschlussgründen vergleichbare Tatbestände im Ausland verwirklicht wurden.

§ 340 GewO 1994 lautet auszugsweise:

(1) Auf Grund der Anmeldung des Gewerbes (§ 339 Abs. 1) hat die Behörde zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes durch den Anmelder in dem betreffenden Standort vorliegen. Liegen die Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes vor und hat die Anmeldung nicht ein in Abs. 2 genanntes Gewerbe zum Gegenstand, so hat die Behörde den Anmelder längstens binnen drei Monaten in das GISA

einzutragen und durch Übermittlung eines Auszugs aus dem GISA von der Eintragung zu verständigen. Ist im Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung ein Verfahren über eine erforderliche Nachsicht, eine Anerkennung gemäß § 373c oder eine Gleichhaltung gemäß § 373d oder § 373e anhängig, so hat die Behörde die innerhalb der im zweiten Satz festgelegten dreimonatigen Frist rechtskräftig erteilte Nachsicht, Anerkennung oder Gleichhaltung zu berücksichtigen. Als Tag der Gewerbeanmeldung gilt jener Tag, an welchem alle erforderlichen Nachweise (§ 339 Abs. 3) bei der Behörde eingelangt sind und die allenfalls erforderliche Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19, eine erforderliche Nachsicht, eine Anerkennung gemäß § 373c oder eine Gleichhaltung gemäß § 373d oder § 373e rechtswirksam erfolgt ist. Als Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen gilt auch, wenn der Firmenwortlaut im Hinblick auf den Inhalt des Gewerbes eine erhebliche Irreführung bedeuten würde

Liegen die Voraussetzungen nicht vor, so hat die Behörde dies gemäß § 340 Abs. 3 GewO 1994 mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen.

...

(3) Liegen die im Abs. 1 genannten Voraussetzungen nicht vor, so hat die Behörde - unbeschadet eines Verfahrens nach § 366 Abs. 1 Z 1 - dies mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen.

Wie festgestellt wurde, wurde die nunmehrige Beschwerdeführerin mit rechtskräftigem Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen \*\*\* vom 2. März 2017 zur Zahl \*\*\* wegen des Verbrechens des gewerbsmäßigen schweren Betrugs nach §§ 146, 147 Abs. 1 Z. 1, Abs. 2, 148 2. Fall StGB zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt, welche für die Dauer von drei Jahren bedingt nachgesehen wurde. Diese Strafe ist noch nicht getilgt. Damit steht bindend fest, dass sie die dieser Verurteilung zugrundeliegende Straftat rechtswidrig und schuldhaft begangen hat. Ob, wie im Verfahren vorgebracht wurde, die strafrechtliche Verurteilung zu Unrecht erfolgt ist, kann daran nichts ändern, steht es doch der Verwaltungsbehörde ebenso wie dem Landesverwaltungsgericht und dem Verwaltungsgerichtshof nicht zu, das ordnungsgemäße Zustandekommen eines rechtskräftigen Strafurteils zu überprüfen (vgl. etwa VwGH 21.12.2011, 2011/04/0200 mit Verweis auf E 28.9.2011, 2010/04/0134 mwN). Damit liegt ein Gewerbeausschlussgrund gemäß § 13 Abs. 1 Z. 1 lit. b iVm Z. 2 GewO 1994 vor, sodass die Behörde gemäß § 340 Abs. 3 dies mit Bescheid festzustellen und die Gewerbeausübung zu untersagen hat.

Ist jedoch im Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung ein Verfahren über eine erforderliche Nachsicht anhängig, so hat die Behörde gemäß § 340 Abs. 1 GewO die innerhalb der vorgesehenen dreimonatigen Frist rechtskräftig erteilte Nachsicht zu berücksichtigen. Eine Nachsicht gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 darf nur auf Antrag erteilt werden. Wird ein solcher Antrag nicht gestellt, ist die Behörde nicht gemäß § 13a AVG verpflichtet, eine Belehrung über die Möglichkeit der Antragstellung gemäß § 26 GewO zu erteilen (vgl. etwa VwGH 5.9.2001, 2001/04/0142; 6.9.2011, 2010/05/0017 etc.). Dazu wurde festgestellt, dass die anwaltlich vertretene nunmehrige Beschwerdeführerin während des gesamten Verfahrens keinen Antrag auf Nachsicht eingebracht hat, sodass die Behörde zu Recht festgestellt hat, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“ im Standort \*\*\*, \*\*\*, \*\*\* nicht vorliegen und die Ausübung dieses Gewerbes untersagt hat.

Soweit in der Beschwerde Verfahrensfehler geltend gemacht wurden, indem der angefochtene Bescheid erlassen worden sei, ohne dass die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt habe, eine Stellungnahme abzugeben, ist festzuhalten, dass gemäß § 45 Abs. 3 AVG die Behörde der Partei (hier: der Beschwerdeführerin) Gelegenheit zu geben hat, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis zu nehmen und eine Stellungnahme abzugeben. Dieser Vorgabe hat die Behörde auch zunächst mit Schreiben vom 4. Dezember 2018 entsprochen und in weiterer Folge dem E-Mail der nunmehrigen Beschwerdeführerin vom 20. Dezember 2018 mit dem Ersuchen um Fristverlängerung bis 15. Jänner 2019 faktisch entsprochen. Einem weiteren Ersuchen um Fristverlängerung bis 12. Februar 2019 unter Hinweis auf einen Krankenhausaufenthalt der Beschwerdeführerin, welches vor Ablauf der bis 15. Jänner 2019 eingeräumten Frist am 14. Jänner 2019 gestellt wurde, wurde hingegen nicht mehr Folge gegeben. Dieser behauptete Krankenhausaufenthalt wurde durch die Aufenthaltsbestätigung des Landesklinikum \*\*\* vom 14. Jänner 2019 nachgewiesen, wonach die nunmehrige Beschwerdeführerin in stationärer Krankenhausbehandlung war. Somit wurde das Parteiengehör der Beschwerdeführerin verletzt, da sie durch ein unabwendbares und unvorhergesehenes Hindernis an der rechtzeitigen Abgabe der Stellungnahme gehindert war.

Allerdings kann nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes eine im Verfahren vor der Verwaltungsbehörde

erfolgte Verletzung des Parteiengehörs durch die mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht verbundene Möglichkeit einer Stellungnahme saniert werden, wenn der bekämpfte Bescheid die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens vollständig wiedergegeben hat (vgl. VwGH 10.9.2015, Ra 2015/09/0056; 26.2.2015, Ra 2015/07/0005 etc.).

Die belangte Behörde hat den Sachverhalt insofern richtig wiedergegeben, als sie das gegenständliche Gewerbe und den Umstand der strafgerichtlichen Verurteilung festgestellt hat, sodass die Voraussetzungen für die Sanierung des Parteiengehörs gegeben sind.

Der Beschwerde war daher keine Folge zu geben und der angefochtene Bescheid zu bestätigen.

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht das gegenständliche Erkenntnis von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

#### **Schlagworte**

Gewerbliches Berufsrecht; Handelsgewerbe; Ausschlussgrund; Anmeldung; Nachsicht;

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGNI:2019:LVwG.AV.202.001.2019

#### **Zuletzt aktualisiert am**

13.05.2019

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwG Niederösterreich, <http://www.lwvg.noe.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)